

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65133>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Economisch recht en intellectuele eigendom

Mr. R. Feunekes, prof.mr. A.A. Quaedvlieg

WETGEVING ECONOMISCH RECHT

Wet financiële dienstverlening

In deze rubriek aandacht voor het wetsvoorstel van een, naar het zich laat aanzien binnenkort in werking tredende, bijzondere economische wet: de Wet financiële dienstverlening (WFD) (*Kamerstukken II*, nr. 29 507).

Uit de Memorie van Toelichting valt op te maken dat het wetsvoorstel beoogt de verantwoordelijkheden van de financiële dienstverleners vast te leggen. Om dit te doen worden de belangrijkste kwaliteitskenmerken van financiële dienstverlening – deskundigheid, betrouwbaarheid, adequate informatieverstrekking en zorgvuldige advisering van de consument – wettelijk gewaarborgd. De noodzaak om tot deze wet te komen ligt in de omstandigheid dat aan de aanschaf van financiële producten grote risico's kunnen zitten die voor consumenten niet eenvoudig te overzien zijn. Daarnaast zijn er financiële producten waarvan de kwaliteit pas zichtbaar wordt naar verloop van tijd (bijvoorbeeld een schadeverzekering). Naast informatieverstrekking over een bepaald financieel product is het voor consumenten ook van belang dat zij informatie verkrijgen die hen in staat stelt zich een oordeel te vormen over de dienstverlener die zij benaderd hebben voor advies en bemiddeling inzake een financieel product. Om de belangen van consumenten afdoende te waarborgen wordt de Autoriteit Financiële Markten in het leven geroepen. Deze Autoriteit houdt toezicht op de aanbieders en dienstverleners van financiële producten. In de artikelen 70 e.v. van de wet kan de AFM de volgende dwangmaatregelen uitvoeren tegen aanbieders en bemiddelaars van financiële producten die zich niet aan de wet houden: a) het geven van een aanwijzing, b) het opleggen van een boete, c) het opleggen van een last onder dwangsom, d) het openbaar maken van de gemaakte overtreding en e) het intrekken van de vergunning. Hoewel de artikelen 7:400 e.v. van het Burgerlijk Wetboek ook waarborgen bieden aan consumenten, is de wetgever van oordeel dat een sterke toezichthouder op deze markt niet mag ontbreken.

Het wetsvoorstel ziet op het aanbieden van, bemiddelen in en adviseren over de volgende financiële producten: verzekeringen, kredieten, betaalrekeningen, spaarrekeningen, elektronisch geld en beleggingsobjecten. Het wetsvoorstel

beoogt slechts bescherming te geven aan consumenten, dat wil zeggen de particulier die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt bij het kopen van een financieel product. De beperking tot de consument kent een uitzondering voor dienstverlening ten aanzien van verzekeringsproducten, aangezien deze producten vaak zo complex zijn dat ook zakelijke afnemers van deze producten bescherming behoeven. De wet implementeert de Europese Richtlijn van 9 december 2002, nr. 2002/92 (*PbEG* L 9) inzake de assurantiebemiddeling. Bij inwerkingtreden van deze wet komen de Wet Assurantiebemiddelingsbedrijf en de Wet op het Consumentenkrediet te vervallen.

RECHTSPRAAK ECONOMISCH RECHT

De NMa heeft meerdere male geoordeeld dat voor de uitleg van de begrippen in artikel 6 Mededingingswet (MW) de 'Europese' uitspraken inzake artikel 81 EG mede richtinggevend zijn. Hieronder twee Europese uitspraken waarin ingegaan wordt op het begrip 'overeenkomst' en het begrip 'overeenkomst tussen ondernemingen'.

Gerecht van Eerste Aanleg van de EG, 3 december 2003, zaak T-208/01 (Volkswagen AG/Commissie). De door Volkswagen AG geproduceerde motorvoertuigen worden in de EG verkocht via een selectief en exclusief distributiesysteem door dealers waarmee Volkswagen AG een dealerovereenkomst heeft gesloten. Uit onderzoek bleek dat Volkswagen AG in 1996 en 1997 met Duitse dealers een prijsafsprake had gemaakt. Een dergelijke prijsafsprake is te beschouwen als een inbreuk op artikel 81 EG. Deze inbreuk bleek uit circulaire waarin Volkswagen AG haar dealers *verzocht* een bepaalde prijs in acht te nemen. Volkswagen AG werd een boete opgelegd van ruim 30 miljoen. Volkswagen AG heeft tegen deze beschikking beroep ingesteld bij het Gerecht, met als grond dat er tussen Volkswagen AG en haar dealers geen *overeenkomst* in de zin van artikel 81 EG is gesloten. Het ging slechts om een *verzoek* aan de dealers. Het Gerecht oordeelt dat een eenzijdige handeling van een onderneming, zoals in casu een *verzoek*, in beginsel ontsnapt aan het verbod van artikel 81 EG, maar kan in bepaalde omstandigheden toch worden gekwalificeerd als een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG, met name wanneer het een schijnbaar eenzijdig door de fabrikant vastgestelde of opgelegde maatregel is in het kader van dealercontracten van een lange duur. Het Gerecht overweegt verder dat een *verzoek* van Volkswagen AG aan haar dealers enkel deel uit gaat maken van de dealerovereenkomst, wanneer met dit verzoek, op de een of andere manier door

de dealer daadwerkelijk wordt ingestemd. Is dat het geval, dan wordt artikel 81 EG overtreden.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 6 januari 2004 (gevoegde zaken C-2/01 en C-3/01P, Bayer AG).

Bayer is de moederonderneming van een van de belangrijkste Europese chemie- en farmaceutische concerns en is in alle lidstaten via dochterondernemingen aanwezig. Bayer produceert en verkoopt het geneesmiddel Adalate. Van 1989 tot 1993 waren de prijzen van dit geneesmiddel in Spanje en Frankrijk gemiddeld 40% lager dan in het Verenigd Koninkrijk. Als gevolg hiervan zijn Spaanse en Franse groothandelaren dit product gaan uitvoeren naar het Verenigd Koninkrijk. Bayer heeft daarop besloten zijn leveringsbeleid te herzien en de bestellingen van Spaanse en Franse groothandelaren niet meer volledig uit te voeren. De Commissie is van oordeel dat Bayer hiermee inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 lid 1 EG, door in het kader van hun vaste commerciële relaties met hun afnemers een uitvoerverbod op te leggen. Het gerecht in Eerste Aanleg heeft de beschikking van de Commissie vernietigd. De Commissie gaat hiertegen in beroep bij het Hof. Het Hof oordeelt dat het gerecht niet heeft geoordeeld, zoals de Commissie hem verweet, dat van een *overeenkomst tussen ondernemingen* in de zin van artikel 81 EG slechts sprake kan zijn indien een van de handelspartners de andere een bepaalde gedragslijn voorschrijft. Het gerecht is daarentegen uitgegaan van het beginsel dat het wezenlijk element van het begrip *overeenkomst tussen ondernemingen* het bestaan van een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen is, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voorzover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is. De vraag is dan of de maatregel die Bayer aan de groothandelaren heeft opgelegd een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG (en 6 MW, RF) vormt. Het Hof oordeelde dat een overeenkomst niet kan zijn gebaseerd op wat slechts de uitdrukking is van een eenzijdig beleid van een van de contractspartijen, dat zonder medewerking van anderen kan worden uitgevoerd. In dat geval is veeleer aan te nemen dat er strijd is met artikel 82 EG (24 MW).

Besluiten NMa

Er zijn gevallen denkbaar waarin een enkele overeenkomst tussen ondernemingen weliswaar valt onder het regime van artikel 6 Mw, maar onvoldoende merkbaar is en daarom niet verboden is. Dat kan anders zijn indien van deze soort van overeenkomst er een behoorlijk aantal in een regio worden gesloten. Er wordt dan gesproken over het cumulatieve effect van een bundel overeenkom-

sten. Hierdoor kan deze bundel als zodanig wel onder het regime van artikel 6 Mw vallen. Het hieronder staande Besluit is daar een fraai voorbeeld van.

Besluit d-g NMa in zaak 3169: Regenboogapotheek tegen Apothekersvereniging Breda/Dienstapotheek Breda B.V.: cumulatief effect van een bundel overeenkomsten.

Dienstapotheek Breda B.V. voert sinds begin januari 2003 ten behoeve van de in Breda en omstreken gevestigde apotheken de waarneming uit tijdens de avond, de nacht en het weekeinde. Van de 21 apotheken in de regio Breda zijn er 19 aangesloten bij de waarnemregeling. Voorwaarde voor deelname aan de waarnemregeling was, tot voor kort, dat de deelnemende apotheken zich verplichtten om tijdens de waarnemuren hun apotheek gesloten te houden. Regenboogapotheek exploiteert een apotheek annex drogisterij welke op zaterdag, derhalve tijdens de waarnemuren, geopend is. Om die reden weigerde Dienstapotheek om Regenboogapotheek toe te laten tot de waarnemregeling. In een later stadium werd Regenboogapotheek wel de mogelijkheid geboden om deel te nemen tegen een hogere vergoeding dan die de andere apotheken betaalde. Deze vergoeding diende ter compensatie van te derven omzet vanwege de zaterdagopenstelling van Regenboogapotheek. De klacht van Regenboogapotheek richt zich in eerste instantie tegen de voorwaarde voor deelname aan de waarnemregeling. De NMa stelt vast dat Dienstapotheek, Regenboogapotheek en de overige aan de waarnemregeling deelnemende apotheken ondernemingen zijn in de zin van de Mw. De overeenkomsten die de Dienstapotheek heeft gesloten met de deelnemende apotheken zijn aan te merken als overeenkomsten in de zin van artikel 6 Mw. Echter, de individuele overeenkomsten voldoen niet aan het merkbaarheids criterium. Dat is anders met de bundel waaraan 19 van de 21 apotheken meedoen. Deze bundel afspraken brengt met zich (het effect) dat de mededinging wordt beperkt in de zin van artikel 6 Mw. Overigens werd de klacht afgewezen omdat de regeling is aangepast.

RECHTSPRAAK MERKENRECHT

Heidelberger Bauchemie: A-G Léger bestrijdt eenzaam het kleurmerk

De trouwe lezer van het Katern weet allang dat het Europees Hof van Justitie zijn fiat heeft gegeven aan het kleurmerk (HvJEG 6 mei 2003, *Libertel*). Het is weliswaar niet eenvoudig om een enkele kleur als merk te deponeren. Om te voldoen aan

de eisen van een grafische weergave moet onder meer een apart depot worden verricht van de internationaal erkende kleurcode. Bovendien meent het HvJEG dat een kleur op zich zelden onderscheidend vermogen zal bezitten; zij verkrijgt deze eerst door intensief gebruik door de merkhouder en zogeheten 'inburgering' bij het publiek. Maar: *mogelijk* is het in ieder geval dat de kleur blauw door Camping Gaz, of groen door de PTT, of oranje door Libertel als merk voor bepaalde waren of diensten wordt geoccupeerd, aldus het Hof van Justitie in Libertel. In het licht van die nog zeer recente uitspraak is buitengewoon opmerkelijk de conclusie van advocaat-generaal Philippe Léger in de zaak Heidelberg Bauchemie GmbH (Zaak C-49/02), van 15 januari jl. In Heidelberg Bauchemie gaat het niet om de inschrijving als merk van één enkele kleur, maar van de *combinatie* van twee kleuren, te weten geel en blauw. Nu lijkt dat in het licht van Libertel weinig verschil te maken. Léger houdt echter in een koppig, maar helder en formidabel onderbouwd betoog staande dat kleuren of combinaties van kleuren los van enige specifieke vorm niet voldoen aan de voorwaarden om een merk te zijn. Hij wijst er onder meer op dat ook in de ogen van het publiek een specifieke kleur altijd alleen in een specifieke context de rol van een herkomstaanduiding zal kunnen vervullen. En inderdaad zal de kleur lichtgroen niet in iedere denkbare context, maar in het bijzonder in verband met telefooncellen en andere attributen van de PTT een verwijzing naar die onderneming opleveren. Hoewel het de vraag is of het Hof van Justitie nog zonder kleerscheuren een correctie zou kunnen aanbrengen op de duidelijke uitspraak van *Libertel*, heeft Léger van *Heidelberg Bauchemie* toch een buitengewoon spannende zaak weten te maken. Wij houden u op de hoogte.

Postkantoor: merk van KPN of vrijwoord voor iedereen?

Op 12 februari jl. besliste het Hof van Justitie in een geding tussen het Benelux Merkenbureau en KPN. Het ging in deze zaak over de vraag of het woord 'Postkantoor' beschrijvend is voor bepaalde producten, meer in het bijzonder of het een benaming betreft die in de handel kan dienen tot aanduiding van bijvoorbeeld soort, hoedanigheid of bestemming of andere kenmerken van de waren of diensten waarvoor men het merk wil laten inschrijven. In dat geval is het merk namelijk nietig krachtens artikel 3, lid 1 sub c van de Europese merkenrichtlijn 89/104 EEG. KPN nu wilde het woord 'Postkantoor' deponeren voor waren en diensten zoals onder meer, papier, reclame, verzekeringen, uitgeven van frankeerzegels, bouw, telecommunicatie, transport, opvoeding, en het

geven van technische voorlichting en advisering. Het Benelux Merkenbureau weigerde de inschrijving op grond dat het teken Postkantoor uitsluitend beschrijvend was voor de genoemde waren en diensten met betrekking tot een postkantoor, en beriep zich op het genoemde artikel 3, lid 1, sub c van de Merkenrichtlijn. Het Hof wijst erop dat die weigeringsgronden moeten worden uitgelegd in het licht van het algemeen belang dat tekens of benamingen die kenmerken van waren of diensten beschrijven, door eenieder ongestoord moeten kunnen worden gebruikt. Het woordmerk Postkantoor bestaat uit de bestanddelen post en kantoor. Die kunnen elk beschrijvend zijn. Het gaat er evenwel om of ook de combinatie, het woord postkantoor zelf een beschrijvend karakter heeft. Het is niet noodzakelijk dat dat woord al daadwerkelijk wordt gebruikt voor de beschrijving van waren of diensten; voldoende is dat het daartoe kan dienen. De enkele combinatie van beschrijvende bestanddelen zal in het algemeen nog steeds beschrijvend zijn als men daaraan niet een ongebruikelijke wending geeft. De combinatie is niet beschrijvend in de zin van artikel 3, lid 1, sub c van de Richtlijn indien de door deze combinatie gewekte indruk 'ver genoeg verwijderd' is van de indruk die uitgaat van de eenvoudige aan-eenvoeging van de bestanddelen. Het moet dan merkbaar verschillen van de loutere som van zijn bestanddelen. Maar ook dan is er nog een valkuil: dat 'nieuwe' woord kan zelf zijn gaan behoren tot het normale spraakgebruik en aldaar een eigen betekenis hebben gekregen, zodat het voortaan weliswaar losstaat van zijn bestanddelen, maar als zodanig een 'nieuwe' beschrijvende betekenis kan hebben gekregen. Ten aanzien van alle waren of diensten waarvoor inschrijving wordt gevraagd, zal moeten worden beoordeeld of een bepaald merk onderscheidend vermogen heeft. Een zake-lijk vrijwel hiermee overeenstemmende beslissing velde het Hof van Justitie op dezelfde datum in de zaak Campina Melkunie/Benelux Merkenbureau ('Biomild').

Henkel KGaA: de vorm van de fles is de vorm van de vloeistof!

Vloeistof kan sedert 12 februari juridisch een vorm hebben: namelijk de vorm van de fles waar je hem in stopt. Henkel, de Duitse wolwasmiddelspecialist, heeft de vorm van een plastic fles voor vloeibaar wolwasmiddel willen doen inschrijven als vormmerk. De inschrijving is door het Duitse Patent- und Markenamt geweigerd omdat het om een gebruikelijke verpakkingsvorm zonder onderscheidend vermogen zou gaan. Het daarop in hoger beroep geraadpleegde Bundespatentgericht heeft vragen gesteld aan het Europees Hof van Justitie. Het Hof bepaalt in antwoord op die

vragen onder meer dat bij driedimensionale merken, die bestaan uit de verpakking van waren, die op gronden die samenhangen met de aard van de waar alleen in verpakte vorm voorwerp van het handelsverkeer zijn (zoals bijvoorbeeld vloeibaar wolwasmiddel, maar je zou bijvoorbeeld ook kunnen denken aan korrelvormige en poedervormige waren), de verpakking van de waar kan gelden als vorm van de waar. Dat heeft met name consequenties voor de toepassing van artikel 3, lid 1 sub e van de Europese merkenrichtlijn. Daar worden uitgesloten van merkbescherming, tekens die uitsluitend bestaan uit de vorm die door de aard van de waar bepaald wordt, of noodzakelijk is voor een technische uitkomst, of een wezenlijke waarde aan de waar geeft. De vorm van de *verpakking* moet dus kennelijk gaan bepalen of de *inhoud* een vorm heeft die noodzakelijk is voor het bereiken van een technisch effect. Welk technisch effect eigenlijk? Is de vorm van de Henkelfles noodzakelijk voor het technisch effect dat de sokken fris uit het sopje tevoorschijn komen? Het lijkt erop dat rechterlijke colleges nog bizarre juridische pirouettes mogen gaan draaien op deze vondst uit Luxemburg, als het al niet eindigt in pijnlijke spagaten. Maar dat is nog niet alles! In voorkomend geval kan de verpakking ook nog dienen tot aanduiding van kenmerken van de verpakte waar, met inbegrip van haar hoedanigheid in de zin van artikel 3 1c van de Merkenrichtlijn. Dat is het artikel dat we hierboven bij *Postkantoor* al noemden en dat merken nietig verklaard die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van, kort gezegd, kenmerken van de waar. Het ziet ernaar uit dat deze uitspraak het leven voor de verpakkingsvorm-merken geheimzinnig en verrassend gaat maken! – dat gaat de justitiabelen een lieve duit kosten.

- Dialogic, Utrecht, SEO, in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken: *Auteursrecht, Economische lust of last? Een empirische studie naar de economische aspecten van het auteursrecht in het Nederlandse multimedia-cluster*¹

LITERATUUR

Economisch recht

- M.C.M. van Dijk, ‘Modernisering van het mededingingsrecht; de civiele rechter is er klaar voor, de partijen ook?’, *M&M* 2004, p. 4-11;
- S.A. de Vries, J. Luijendijk, J.W. van de Gronden en S. Balhaj, ‘Kroniek Nederlandse economische wetgeving’, *SEW* 2003/12, p. 426-438;
- S.A.C.M. Lavrijsen, ‘De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging’, *SEW* 2004/1, p. 18-37;
- P. Glazener, S.J.H. Evans, F.P.D. Neeb & J. Prinsen, ‘Kroniek mededingingsrecht. Beschikkingspraktijk van de NMA in het eerste halfjaar 2003’, *SEW* 2004/2, p. 73-85.

Intellectuele eigendom